

O PENSAMENTO TÓPICO - A CONTRIBUIÇÃO DE VIEHWEG PARA A JUSFILOSOFIA PÓS-POSITIVISTA

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTIA

Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro

I. APRESENTAÇÃO

PAULO BONAVIDES, em primoroso estudo sobre os fins do Estado, em seu **Teoria Geral do Estado**, referindo-se ao período logo após a Segunda Grande Guerra, assevera: *“renova-se o jusnaturalismo na doutrina toda vez que padece o homem os efeitos mortais de extenso e profundo trauma social, e reconhece a impossibilidade de encontrar no direito positivo a resposta exata a essas atribulações que oprimem a consciência individual e coletiva, até o ponto de deixar em todos, e em cada um de **per si**, vaga sensação de culpa, traduzida, de ordinário, em complexos de frustração e derrotismo”*⁽¹⁾.

De fato, verificou-se na recente filosofia do direito um movimento preocupado em reintroduzir a questão dos valores e da justiça no direito, que havia sido deixada de lado pela frieza do positivismo jurídico, especialmente pelo positivismo de Kelsen.

Inaugura-se no pós-Guerra um período de profunda discussão metodológica do direito. Propõe-se uma volta à atividade criadora do jurista, sem descurar daquele mínimo de segurança, sem o qual inexistiria o próprio Estado Democrático de Direito.

Inserem-se neste movimento as obras de Perelman e Viehweg.

Cuidaremos, aqui, do pensamento do último. Com efeito, este releva-se especialmente útil nestes tempos em que tanto nos temos preocupado com a ética e os valores no Estado.

¹. p. 2.

II. O CONTEXTO DA TÓPICA JURÍDICA

MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, abordando o contexto e as pretensões do pós-positivismo jurídico, averba: “*O método sistemático, de tendência isolacionista, que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores, não correspondia mais às perplexidades e à insegurança causadas por um mundo de novos e variados valores. Necessário seria construir um novo modelo de legitimação para as decisões jurídicas, o que só se tornaria possível quando se reconhecesse a natureza dialética e argumentativa do direito. A lógica formal, de feição cartesiana, não dava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas. Daí verificamos, na filosofia do direito do século XX, toda uma tendência em se resgatar a antiga arte retórica dos gregos e a prática jurídica dos romanos, para construir um modelo de fundamentação mais adequado à decisão jurídica, visando sua validade e eficácia. Essa dimensão prática ensejou o aprofundamento da reflexão sobre a atividade discursiva sob o ponto de vista ético*”⁽²⁾.

É dentro deste contexto que aparece, em 1953, a primeira edição de **Tópica e Jurisprudência**⁽³⁾ de THEODOR VIEHWEG. É obra de referência obrigatória dentre o que usualmente se costuma conhecer por teoria da argumentação jurídica.

MANUEL ATIENZA, deixando antever sua crítica ao método tópicos, mas sem deixar de reconhecer a sua relevância, assim apresenta a aludida obra: “*O livro de Viehweg teve grande êxito na teoria do Direito da Europa continental e se converteu, desde então, num dos centros de atenção da polêmica em torno do chamado ‘método jurídico’.* Com relação às muitas discussões que, a partir daí, se sucederam - sobretudo, naturalmente, na Alemanha - entre partidários e os detratores da tópica, é preciso dizer que, em geral, o debate foi proposto em termos não muito claros, devido em grande parte ao caráter esquemático e impreciso da obra fundadora de Viehweg”⁽⁴⁾.

² In **Hermenêutica e Argumentação - Uma Contribuição ao Estudo do Direito**, p. 134/135.

³ A obra foi traduzida aqui no Brasil por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. Foi este jurista, com efeito, o grande divulgador em nosso país das idéias de Viehweg, especialmente através do seu **Introdução ao Estudo do Direito**.

⁴ In **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**, p. 59/60.

Assinala ATIENZA, ainda, três dados importantes para a boa análise da obra de Viehweg, são eles: a). que a ressurreição da tópica é um fenómeno que ocorreu não apenas no Direito, mas em outros campos do saber, numa mesma época - na Europa do pós-Guerra; b). a contraposição da tópica à lógica, na medida em que são contemporâneas à tópica obras que tratam da existência de uma lógica especial para o mundo das normas; c). “*que as idéias de Viehweg têm uma ‘semelhança óbvia’ (cf. Carrió, 1964, p.137) com as defendidas por Edward H. Levi numa obra publicada também em 1951, **An introduction to legal reasoning**, que desde então teve uma grande influência no âmbito da **common law**, e à qual o próprio Viehweg se refere episodicamente (1964, p. 70)*”⁽⁵⁾.

III. BREVE RESUMO DE TÓPICA E JURISPRUDÊNCIA

Viehweg inicia sua obra com uma referência ao pensamento de Vico, pensador italiano do século XVIII.

Vico contrapunha o chamado *método antigo*, tópico ou retórico, ao *método novo*, método crítico cartesiano. O método antigo, a *ciência antiga*, fundada na tópica aristotélica, parte da idéia de sentidos comuns, passíveis de discussão. Enquanto a *ciência nova* funda-se em verdades absolutas, inquestionáveis, capazes de permitir a construção de longas cadeias dedutivas. Para Vico, a ciência antiga seria o melhor paradigma para o homem, na medida em que induziria à criatividade, ampliaria a memória, aperfeiçoando as melhores características do humano. Enquanto a ciência nova, ao revés, induziria o homem ao empobrecimento espiritual e intelectual.

Viehweg propõe-se, então, a partir do exame da jurisprudência romana, verificar se esta fazia uso efetivo da tópica aristotélica, e, em que medida a volta do paradigma tópico de pensar jurídico dos romanos repercutiria na jurisprudência atual.

Para abordar as questões propostas, o autor abebera-se em Aristóteles e Cícero.

A Tópica de Aristóteles era uma das seis obras que compunham o **Organon**. Referia-se à antiga arte da disputa dos retóricos e sofistas. Aristóteles, ainda que criticando o pensamento sofístico, procurou dele valer-se, distinguindo verdade de opinião, retomando o valor da discussão e

⁵. Obra citada, p. 60/61.

das técnicas persuasivas dos sofistas, sem descuidar das preocupações éticas. Vale consignar a excepcional síntese de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

“O conhecimento científico (verdadeiro) era atribuição, segundo ele, do conhecimento universal. A sensação de um objeto qualquer coloca-nos diante daquilo que depende de condições espaço-temporalmente inconstantes. Enquanto o universal não é, aí, determinado, o objeto sensível permanece incerto. O particular, na sensação, é sempre ilimitado e, pois, indeterminado. Deste modo, o progresso necessário que vai do ilimitado ao limitado mostra-se como condição constitutiva da ciência. O universal, entretanto, não é como que uma soma ou resumo dos dados da experiência, mas um ‘limite’, em cuja estabilidade ou determinabilidade repousa a estabilidade da própria experiência. O universal, porém, se diferencia não apenas do particular, mas também do genérico. Pois a generalidade é também uma espécie de indeterminabilidade e, neste sentido, objeto de um pensamento dialético e não de um pensamento científico ou apodítico, estando a ciência, assim, num ponto intermediário entre a particularidade e a generalidade. Nestes termos esclarecia-se a seguinte classificação: temos uma apodítica quando obtemos uma conclusão partindo de proposições universais, verdadeiras e primárias, ou delas derivadas; uma conclusão é, por sua vez, dialética quando se extrai de opiniões gerais; é sofística a que se baseia sobre meras aparências de opiniões que não o são efetivamente; finalmente, temos as conclusões errôneas, equivocadas ou deficientes, que são as baseadas em proposições particulares. Esta classificação onde os dois últimos itens são considerados como sub-espécies do segundo, permite não apenas garantir o conhecimento científico ou universal, distinguindo-o dos demais, mas também restaurava o valor da opinião e da ‘discutibilidade’, livrando-a da mera arbitrariedade e irracionalidade.”⁽⁶⁾

⁶ In **Introdução ao Estudo do Direito**, p. 325.

No pensamento aristotélico as conclusões apodíticas e as dialéticas diferem apenas no que se refere à natureza das premissas. As dialéticas partem de premissas que tão-somente parecem verdadeiras a todos ou, ao menos, aos mais sábios.

Já aqui, permite-se antever a utilidade da tópica para o direito, na medida em que atribui às conclusões jurídicas (dialéticas), baseadas em opiniões, em pontos de vista, em argumentos de autoridade, a mesma credibilidade das conclusões ditas científicas.

A Tópica de Cícero, obra para juristas, teve em si maior repercussão que a de Aristóteles. Diferencia-se desta última, por tentar elaborar e aplicar um rol de tópicos a casos concretos, não sendo, em absoluto, uma teoria. Cícero não faz distinção entre o ser científico e o ser dialético, mas fala em contexto de criação e contexto de justificação. A tópica de Cícero é uma arte de invenção e, como não poderia deixar de ser, dado o senso pragmático dos romanos, voltava-se para a resolução de casos. Nas palavras de MARGARIDA LACOMBE CAMARGO: “*Cícero ordena os **topoi** ou **loci**, que significam ‘lugar comum’, em forma de catálogos ou repertórios, com vistas ao seu melhor aproveitamento prático. Agrupa-os, por exemplo, em função de termos técnicos que se ligam a determinado assunto, provendo-lhes a qualidade de **topoi** científicos; e outros, mais gerais ou ‘atécnicos’, que servem a qualquer tipo de problema, como qualificação de gênero, espécie, quantidade, semelhança, diferença, lugar etc.*”⁽⁷⁾

Viehweg, partindo deste instrumental erigido por Aristóteles e Cícero, afirma que a tópica consiste em uma técnica de pensamento orientada para o problema. Seria, assim, um verdadeiro estilo de pensar, que parte do problema apresentado, para a resolução do próprio problema. Tal estilo de pensar, orientado para a resolução do problema, far-se-ia pelo confronto de argumentos, de sorte a se chegar à melhor solução. O pensamento problemático, que caracteriza a tópica, é assistemático, sendo, exatamente por isto, o mais adequado para o mundo do direito. Seria dizer que a ênfase do pensamento tópico está no problema, e não no sistema jurídico. Parte-se do problema para o problema.

Ao contrário, no método lógico-científico tradicional do direito, parte-se do sistema para a resolução do problema, sendo que, no meio do cami-

⁷. Obra citada, p. 144.

nho, na seqüência de pensamentos lógico-dedutivos, quase sempre exclui-se o problema a ser solucionado.

Destarte, Viehweg *“acredita que o problema procede de um nexo de compreensão já existente, mas que não sabemos, de início, se é um sistema lógico, como um conjunto de deduções, ou algo distinto; ou, ainda, se se trata de alguma coisa que pode ser vista de forma mais abrangente...Fato é que a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas”*.⁽⁸⁾

Desta forma, nas palavras do próprio Viehweg: *“Quando se depara, onde quer que seja, com um problema, pode-se naturalmente proceder de um modo mais simples, tomando-se, através de tentativas, pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente. Buscam-se deste modo premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a conseqüências que nos ilumi-nem”*.⁽⁹⁾

Como se vê, o estilo de pensar da tópica é muito distinto do lógico-dedutivo. Não se trata de modo de pensar linear, mas casuístico, que permite uma abordagem diferente do problema, na medida em que efetivamente encontrem-se novos *topoi*, para a sua melhor resolução. Daí a sua perfeita adequação ao direito e à categoria jurídica processo. Afinal, o uso da maneira tópica de pensar dá ensejo ao diálogo democrático, ao reconhecer que não existe uma verdade absoluta, mas argumentos que convencem em maior ou menor grau sobre a solução adotada. Com efeito, as modernas teorias da argumentação permitem um deslocamento da fundamentação das decisões judiciais da força para a persuasão da razão. O modo de pensar problemático da tópica permite que possa o jurista de hoje criar como criavam os antigos jurisconsultos romanos. Nesta linha, resume assim a professora LACOMBE CAMARGO o pensamento do autor: *“Viehweg vê, atualmente, uma nova posição do jurista, a quem não cabe mais entender o direito como algo que se limita a aceitar, mas sim como algo que ele constrói de maneira responsável. Logo acredita ser preciso desenvolver um estilo especial de busca de premissas que, com o apoio em pontos de vista aprovados, seja inventivo, menosprezando redu-*

⁸. MARGARIDA LACOMBE CAMARGO, obra citada, p. 145/146.

⁹. VIEHWEG, in **Tópica e Jurisprudência**, p. 41.

ções lógicas que nos levam a generalizações incapazes de entender e muito menos de resolver os problemas adequadamente”.⁽¹⁰⁾

Mas para Viehweg, há um problema fundamental, que permeia todos os outros problemas que são postos em discussão no Direito: é a JUSTIÇA. É com os olhos voltados para esta aporia fundamental, armado com um estilo de pensar tópico, que se deve comportar o jurista contemporâneo.

IV. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Não se duvida que a tópica marcou indelevelmente a filosofia e a metodologia do direito nesta segunda metade do século XX. BONAVIDES, referindo-se especialmente à moderna hermenêutica constitucional, considera a tópica, ao lado da chamada jurisprudência dos princípios, como os grandes marcos do pós-positivismo⁽¹¹⁾.

Mesmo considerando-se a relevância da tópica no pensamento jurídico contemporâneo, pode-se criticá-la sob diversos aspectos. Assim o faz ATIENZA.

Refere-se o eminente professor da Universidade de Alicante, em primeiro lugar, à imprecisão da teoria desenvolvida por Viehweg: “Praticamente todas as noções básicas da tópica são extremamente imprecisas e, inclusive, equívocas”⁽¹²⁾. Assim, já o próprio termo *tópica* tem acepção ambígua na obra de Viehweg e de seus seguidores. Da mesma forma, é vago o conceito de *problema*. Até mesmo o conceito de *topos*, essencial em todo desenrolar da obra de Viehweg, sofre o questionamento de ATIENZA. Confira-se a seguinte passagem: “*O conceito de topos foi historicamente equívoco (e o é também nos escritos de Aristóteles e de Cícero) e é usado em vários sentidos: como equivalente a argumento, como ponto de referência para a obtenção de argumentos, como enunciados de conteúdo e como formas argumentativas (cf. Garcia Amado, 1988, p. 129, que segue a opinião de N. Horn, 1981)*”.⁽¹³⁾

¹⁰. Obra citada, p. 153.

¹¹. Ver **Curso de Direito Constitucional**, p. 255/256. Ainda que Viehweg tenha se detido predominantemente em problemas de direito civil, é certo que a tópica tem sido aplicada com especial frequência em Direito Constitucional. Tal estilo de pensamento parece encaixar-se com perfeição, de fato, na moderna hermenêutica constitucional, em razão da própria natureza das normas constitucionais, dotadas de um excepcional grau abstração e prenes de valores difíceis de se exaurirem em singelas operações lógico-dedutivas. Vale registrar o alerta de DANIEL SARMENTO sobre a utilização da tópica em Direito Constitucional. Confirmam-se suas palavras no seu **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 130/131.

¹². Obra citada, p. 70.

¹³. Obra citada, p. 71.

Do mesmo modo, com apoio na opinião de Lorenzen, ATIENZA coloca em xeque a tese de Viehweg de que com a modernidade houve o esquecimento do método tópico em função do surgimento da lógica-dedutiva. Com efeito, há entendimento de que “a decadência da tópica teria sido, pelo contrário, um fenômeno paralelo ao esquecimento da lógica”.⁽¹⁴⁾

Sobre a aporia fundamental da tópica, dispara o jusfilósofo espanhol tratar-se de afirmações vazias e triviais sobre justiça, que em nada ajudarão para fazer avançar a jurisprudência ou mesmo o raciocínio jurídico.

Afirma o professor espanhol, ainda, que a tópica seria tão-somente um ponto de partida para uma teoria da argumentação, na medida em que “*por si só não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica*”⁽¹⁵⁾. E arremata: “*...a concepção de Viehweg é compatível com (ou, se se prefere, o ponto de partida de) certas teorias da argumentação...O mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria, e sim ter descoberto um campo para a investigação. Algo, ao fim e ao cabo, que parece se encaixar perfeitamente no ‘espírito’ da tópica*”.⁽¹⁶⁾ ◆

¹⁴. Obra citada, p. 73.

¹⁵. Obra citada, p. 75.

¹⁶. Obra citada, p. 76 e 78/79.